

イタリア法における設立中の会社

La società in formazione in diritto italiano

泉 田 栄 一

目 次

- 1 はじめに
- 2 1942 年民法典と設立中の会社に関する議論
- 3 2003 年民法典と設立中の会社に関する議論
- 4 結 び

1 はじめに

私は法律論叢第 82 巻第 4 号・第 5 号合併号 1 頁において「フランス法における設立中の会社」という原稿を発表した。本稿はその続編であって、イタリア法における設立中の会社の議論を紹介することを目的としている。

2 1942 年民法典と設立中の会社に関する議論

(1) 株式会社の設立手続

民商二法統一論が勝利を収めたイタリアでは会社も民法で規定されている。株式会社の設立（または設立証書の締結）方法には、(a)同時設立（同時締結）と(b)募集設立（連続的締結）の 2 つがある⁽¹⁾。

(a)同時設立では以下の手続を踏んで株式会社は法人となる。①社員になろう

とする者が、公証人の前に集まって、公正証書により設立証書を締結する⁽²⁾（同 2328 条 1 項）。その者は、設立者たる社員（soci fondatori）と呼ばれる（同 2341 条）、②設立者たる社員は、出資の総額を引き受け、金銭出資の場合には少なくとも 10 分の 3 を発券銀行に払い込み、特別法が定める設立条件を充足する（同 2329 条 1 項）。現物出資の場合には、裁判所長により指定された専門家の報告書が設立証書に添付されなければならない（同 2343 条 1 項）、③設立証書を受け取った公証人は、30 日以内に企業登記所に寄託する（同 2330 条）、④設立証書は、裁判所に送られる。裁判所は、法律が遵守されていることを確認し、検察官の意見を聞いた上、企業登記簿への登記を命令する（同 2330 条）。登記により株式会社は法人格を取得する（同 2331 条 1 項）。もっとも 2000 年 11 月 24 日法律第 340 号 32 条により、④の規定は廃止され、「企業登記簿における会社の登記は、設立証書の寄託と同時に申請される。企業登記所は、文書が形式的に整っているか審査し、会社を登記簿に登記する」に改められている⁽³⁾。

なお、銀行に払い込まれた「金額は、会社の登記が企業登記簿に登記されたことが立証されたときは、取締役引き渡されなければならない。寄託から 1 年以内に登記が行われない場合には、前項所定の金額は引受人に返還されなければならない」（当初 2329 条 2 項。1986 年改正で同条 3 項となる）とされ、「登記前に会社の名で遂行された業務については、それを行った者が第三者に対して無限且つ連帯して責任を負う」（2331 条 2 項）と規定されていた。

(b)募集設立では、①計画書（programma）に公正力ある署名をした発起人（promotori。同 2337 条）が当該計画書を公証人に寄託した後（同 2333 条 2 項）、株式の引受を募集する。発起人の地位については、自らが株式の引受人にならない場合には、発起人は引受人と第三者（会社）のための契約を締結すると解する説、引受人総会による設立証書の団体的賛成を条件とする、発起人と個々の引受人の間でなされる片務的契約とする説（Vivante）、発起人は事務の管理人（民法 2028 条）であり、発起人と引受人の間で、設立される会社のための双務仮契約が締結されると解する説（Scialoja）、および発起人は自

己の利益で、引受人間で契約を締結させようとしている仲介人 (mediatori. 同 1754 条) であるとする説 (Graziani, Galgano, Ferri) とが対立していた⁽⁴⁾。

②発起人は、公正証書または公正力ある私書証書によって行われる株式の引受を取りまとめ、引受人に対し払込を請求する (同 2334 条 1 項。現物出資の手続は同時設立の場合と同じである)。

③計画書に別段の定めをしていなければ、発起人は、払込期日後 20 日以内に、引受人総会 (assemblea dei sottoscrittori) を招集する (同 3 項)。引受人総会は、引受人の 2 分の 1 の出席をもって有効に構成され (同 2335 条 2 項)、引受株式数のいかにかわらず、各引受人は 1 議決権を有し、出席者の過半数で決議する (同 3 項)。もっとも計画書に定められた条件の変更には引受人全員の同意が必要である (同 4 項)。

引受人総会では、会社の設立につき要求される条件の存在を確認し、設立証書の内容に関し決議し、取締役および監査役を任命する (同 2335 条 1 項 1 号・2 号・4 項)。参加者は、欠席した引受人をも代理して、企業登記簿に登録するため寄託されるべき設立証書を締結する (stipulano. 同 2336 条)。これは、上記 Scialoja の説によれば⁽⁵⁾、引受人による債務の履行と説明される。Ferri⁽⁶⁾ によれば、「発起人を介して存在した関係が、引受人の間の直接的関係に代わり」、Galgano⁽⁷⁾ によれば、「会社が設立されることを正式に宣言する」ものであると説明されている。

④設立証書は公証人により企業登記所に寄託され、後の手続は同時設立と同様である。

募集設立の場合、「発起人は会社を設立するために負担した債務につき第三者に対して連帯責任を負う」 (同 2338 条 1 項)。「会社は、会社の設立のために必要であったときまたは株主総会により承認されたときは常に、発起人をその負担した債務から解放しおよびその立替えた費用を彼等に償還する義務を負う」 (2338 条 2 項)、「何らかの理由で会社が設立されない場合には、発起人は株式の引受人に対し権利を主張することができない」 (同 3 項) とされていた。

(2) 設立中の会社に関する議論

(a)Graziani⁽⁸⁾ は、会社の登記前の業務が行われた後、「会社が存在するよう

になると、設立に必要な業務とこのような設立に必要なでない業務が区別されなければならない。存在するようになった会社は、会社の名で引き受けられた且つ設立に必要な債務を履行しなければならない。そして管理者に負担された支出を払い戻さなければならない（この点で有益な事務管理に関する規定が適用される）。他方、登記前に会社の名で引き受けられ且つその設立のために必要な債務を《承認》（rectius《追認》）することができる（この点では無権代理に関する規定が適用される）。必要でなくて、承認されなかった業務は、権限を有することなく代理活動をした者の排他的責任にとどまる」とイタリアの法律状態を説明している。会社が登記前の業務を追認にしたときに、行為者の 2331 条 2 項に基づく責任が存続するか否かについては見解が分かれている⁽⁹⁾。

少数説として、企業登記簿に登録される前であれば既に株式会社が、不正規会社（società di capitali irregolare）⁽¹⁰⁾ としてであれ、存在していると考へなければならないという説がある。この説は、会社の存在と法人格の取得とは別個であり、2331 条 1 項は法人格の取得を登記に結びつけているが、株式会社の誕生には結びつけていないとする。そのことから、登記前に会社の名で遂行された行為には、行為をおこなった者と連帯して会社もまた責任を負うという結論を導き出す⁽¹¹⁾。しかし、1956 年 9 月 24 日破棄院判決⁽¹²⁾ は、設立証書の作成後、株式会社が企業登記簿に登録されるまでの間に行われた資本増加決議の効力を扱った判例であるが、当該会社は法人格を有していないが、不正規会社として存在しており、決議は無効でなく、将来の参加者を拘束するとした控訴院判決を破棄差戻して、現行法は、1882 年商法（863 条）の規定を再生しておらず、不正規会社の存在も、独立財産の存在も認めていない、としている。民法理由書（Relazione）⁽¹³⁾ は、[新法典の体系では、登記簿への登記がない場合には、不正規株式会社は社員の意思および社員の出資の返還権と対立するので、不正規株式会社さえ存在しない]としているので、決議の成立を否定した破棄院判決は当然のように思われる。Galgano⁽¹⁴⁾ は、登記の欠缺の場合、不正規会社としてさえ存在しないと考えるのがほぼ異論のない見解であって、時

折不正規の合名会社が考えられているが、当事者は株式会社を望んだという克服できない反論にぶち当たると、少数説を批判している。

最近になって、Portale⁽¹⁵⁾により設立中の株式会社 (società per azioni in formazione) を肯定する見解が唱えられている。Portale は、比較法と 1986 年に行われた株式会社の設立規制の改正からヒントを得て、設立証書の締結により設立中の株式会社が発生し、当該会社は、登記により決定的会社になるか、または設立証書の締結から 1 年以内に登記にいたらないと解散すべきものとされている暫定的性質と業務が制限された資格を有していると主張する。設立中の株式会社の管理者の権限は、金銭出資による設立の場合には設立に必要な行為に制限されるが、現物出資の場合には、出資された財産の管理と維持に結び付く行為に拡大される。会社は、その期間に取締役によって行われた適法な行為の積極的・消極的の効果に常に直接責任を負い、自己の財産によって、関連債務を負担する、と主張した。

しかし Campobasso によって、「歴史的性質と体系的性質の多くの論拠が不正規株式会社または設立中の株式会社の主張に反対している。法典は、不正規合名会社および合資会社を定め、規制しているが、不正規株式会社（または設立中の株式会社）とその規律に関しては全く沈黙していることは明白である。さらに、会社の登記前には、取締役は適法に使用できる会社財産がないという確認された事実は決定的である。株式会社の設立の規制において生じた変化は異なる結論に達するための決定的論拠を提供しているようには見えない。従って、不正規株式会社（または設立中の株式会社）の承認を否定する支配的見解が正しくまた共有できる」⁽¹⁶⁾と批判されている。

その他、Tassinari により、登記まで、ただ契約としての società に関する規律の適用があるが、組織としての società に関する規律の適用はないという説⁽¹⁷⁾や、登記されない場合、社員間で別の種類の会社、業務が商事であれば、不正規団体 (collettiva irregolare) が存在するとして、社員の責任を肯定する説⁽¹⁸⁾も主張された。

(b)判例は、株式会社の登記前に会社の名で行われた業務を会社が追認

(ratifica) することを認める。ただし法律構成は必ずしも同一なわけではない。

- (1) 1958年10月28日破棄院判決⁽¹⁹⁾では、ホテル経営を目的とする株式会社の名前で且つ計算でAが、Bと1947年以降賃貸借契約を締結していたが、同社が登記され、設立されたのは51年1月であり、同社が54年2月の株主総会で、Aが47年から51年にかけて行った全活動を追認したことから、当該追認が認められるか問題となった事件である。

上告会社は、同じ会社が登記し、また株式会社に組織変更 (transformatione) した (民法 2498 条) のであるから、第三者のための契約 (contratto a favore di terzi. 民法 1411 条), 事務管理 (gestione di affari. 民法 2028 条) および無権代理の遡及効を伴う追認 (民法 1399 条)⁽²⁰⁾ の適用があると主張した。これに対し、破棄院は、上告会社の見解は、第1に、会社は設立前に会社の名で且つその計算で第三者によって行われた行為に由来する法律状態の責任者にならないという法の確固たる原則 (破棄院 1958 年 1 月 22 日判決) に反し、第2に、会社の設立は組織変更ではない、として、これを否定した。

ローマ控訴院は、登記するまで会社は存在していなかったのであるから、第三者のための契約、事務管理および無権代理の遡及効を伴う追認の適用は不可能である、と判示した。破棄院は、ローマ控訴院の見解も、第1に、第三者のための契約、事務管理および無権代理の追認は、受益者または名宛人が同時に存在しなければ認められないと考えている点で誤りであり、第2に、第三者が行為を行った時に会社は権利主体ではなく、委託できなかった訳であるから、このような会社が追認をすることは不可能であることから、追認の規定 (民法 1399 条・2032 条) は、委託の定義を矯正する目的を有している点も、誤りであるとして、ローマ控訴院の見解も否定している。

破棄院によると、「特に、代理権の欠缺は、代理権が法律行為の内在的又は外来的要素の中で、前者の中では、意思表示および同意と等しい本質的構成要素又は単純な前提条件 (sempllice presupposto) と分類される

ことに応じて、代理行為の例外的に治癒可能な無効（nullità）事由、取消事由又は単純な無効果（semplice inefficacia）と考えられた。しかし、最近、代理行為を無効でも、有効でもない、単純に、未確定の状態にある（in itinere o in stato di pendenza）と考える学説及び判例の傾向が主張されている。当院の考えでは、この傾向が最も説得的である。「当事者の意思または外部的事情が、典型的事項の本質的要素間の年代の逆転を決めるということとはありうる。実定法が沈黙している場合には、こうした例外を伴って生じた具体的取引の有効性および効力についての問題が生じる。そのときに、この種の問題の解決を提供するのは、典型的事項の起源に影響される個々の要素の法的性質および機能に関する一般的原則である。しかし、他の場合には、立法者は、年代の逆転の考慮された場合に関して無関心であるよりも、取引の独立した外形を創作し、調整するために介入する」。「普通の代理取引では、代理人の事前の意思と本人の規制された利益の連結は、代理権によって行われる」。「それに対し、民法 1398 条—1399 条が規制する取引のような、変則的代理取引の外形では、以前には指示（cenno）である連結は、追認によって行われる。即ち、取引は、追認によって追認者が——控訴院が間違っていたが——将来の活動のためにのみ想像できる代表権を与えないで、見せ掛けの代理人（rappresentante fittizio）である第三者たる代理人により事前に行われた活動の結果を、法的な自己の範囲に入れて、それ自体で取得することにとどめているから、本質的に異ならないとはいえ、片務、抽象、受理の代理と共通する特徴を有している」。「追認の本質的なこの異なる内容は、構成要素の存在の確認は、追認以前ではなく、追認の発生時点の関連で行われることを要求する」。「逆に、追認の取得の効果は、遡及的性質を有するということを引き出さない」。「従って、1947 年 10 月から 1951 年 4 月の間の当該会社の法人格の欠如は、第三者によって会社のためにまたは会社の名前と計算で行われた取引活動の承認に対する阻止的障害を構成しない」。第三者のための契約は先験的（*a priori*）に否認されなければならないが、A は無権代理人

(falsus procurator) としてよりも、事務管理の有益な管理者 (utile gestore) として行動した、と判示している⁽²¹⁾。

- (2) 1958年5月10日破棄院判決⁽²²⁾は、企業登記簿に登録される9日前に「有限会社」の一人取締役Aが会社のために行った賃貸借契約の効力が問題となった事件である。トリノ裁判所は、当該有限会社が、問題の部屋を利用し続けたことから、会社が契約の譲受人になったか、更改が成立したとして、会社の責任を肯定した。破棄院は、当該問題の解決とは正しいが、理論構成が不適当であるとし、次のように述べて、請求を棄却している。
- (1)の判例と異なり、本件判例は、無権代理の構成を採用し、追認に遡及効を認めている。

「行為をした者は無権代理人とみなさなければならない。こうした目的を達成するには、会社が代理人の行為を追認することが必要であることは明らかである。明示か暗黙でよい、取引の締結のため法律が規定する形式をとらなければならない当該追認（民法1399条）は、遡及効（effetto retroattivo）を有する。有限会社は、1950年5月2日の契約所定の部屋を常に享有し、家賃を支払っている。従って、Aが締結した契約の暗黙の追認が生じたことは確かである」。

- (3) 1958年1月22日破棄院判決⁽²³⁾では、会社が契約した債務を上告人が保証するのは法律違反であると主張したが、いずれも上告理由に当たらないとされた事件である。先ず、上告人は、資本会社が法人格を取得すると、会社は自動的に、登記前に取締役が行った行為による法律状態の責任者（titolare delle situazioni giuridiche）になる主張した。このような主張は、承認することができないと判示されている。次に、「会社が法人として存在するようになる前に、会社の中で行為した人の領域から権利義務の移行が実現するためには、法人格の取得前に会社の名前で行為した者は、最も権威のある学説に従って、権限なしに行為した代理人とのみみなしるので、本当の且つ固有の追認が必要ある」と判示している。

3 2003 年民法典と設立中の会社に関する議論

(1) 2003 年改正の内容

2001 年 10 月 3 日の法律第 366 号は、「企業が国内資本市場および国際資本市場にアクセスすることによってさえ、その誕生、成長および競争力を奨励する優先的目標を追求する」ことを一般原則の一つとして挙げ（2 条 1 項 a）、株式会社の設立については、「設立証書において、会社の存続期間の記載を要求しない」（4 条 2 項 d）、「債権者のためにふさわしい担保を定め、一人社員による会社の設立を認める」（4 条 2 項 e）、「設立証書の強行的最少内容を示して、確実性と第三者保護の原則を遵守して、設立手続を単純化する」（4 条 3 項 a）および「設立段階の瑕疵の重要性を制限する」（同項 b）権限を政府に授権した⁽²⁴⁾。

この授権に基づいて定められた 2003 年 1 月 17 日の委任立法（D. legs.）第 6 号の理由書（Relazione）⁽²⁵⁾ は、株式会社の設立の改正につき、「設立手続を単純化し、設立段階の瑕疵の重要性を制限し、かしくして会社が一旦設立されると、会社内・外の関係で確実性を提供することを目的としている。最初の局面に関しては、特に会社に関する欧州第 1 指令及び第 12 指令が制定したような共同体の義務に由来する拘束を当然考慮しなければならない。この両立性の枠内において改正の最も重要な局面は」次の 5 つである、とした。

第 1 に、設立手続の単純化という目標と合致し、2 年の経験があるので、2000 年 11 月 24 日法 32 条によって導入された、設立条件の適法性の検査として公証人の審査規制を維持したこと。第 2 に、第 12 指令の実施のために、会社は単独行為（atto unilaterale）によって設立できること（2328 条 1 項）、その際の債権者保護のために、会社の支払不能の場合の一人社員の無限責任（2325 条 2 項）、登記前に行われた業務に対する設立者たる社員の責任（2331 条 2 項）、単独行為の場合の全額払込責任（2342 条 2 項から 4 項まで）および会社と一人社員間で行われる行為の開示等（2362 条）を定めたこと。第 3 に、

設立証書の記載事項を整理したこと（会社の存続期間が不定の場合には、1年以内に社員は退社できるとしたこと〔2328条2項13項の新設〕、株式の発行方法と流通方法を記載事項としたこと〔同項5号の改正〕）。第4に、設立証書の作成と登記までの間に会社の名で行われた業務規制（2331条）を単純化したことである。第5に、第1指令の規定を全部実施する必要はないことから、設立手続の無効を制限したことである（2332条）。

第4の局面を少し詳しく紹介する。理由書によると、「単純化および加速の場面において、経過すると、登記の欠如は寄託した銀行から支払った10分の何程かの金銭の返還をしてもらう引受人の権利を意味する期間をドラスティックに短縮することは可能であった。期間は、裁判手続がないので今では是認されない1年の最初の期間から、90日に変えられた。さらに、しばらく前から議論の対象である解釈上の疑問を解決して、当該期間の無為な経過は設立証書の効力の喪失を意味することが明確にされている（2331条4項）」。「企業登記簿に登記する前に会社の名で行われた業務についての責任は、第三者に対して公式的に行為をした者のみでなく、業務の遂行に同意したかまたは許可した社員にも生ずる。このようにして、第三者のための保証を強化して、一方では、法典のかつて文言が引き起こした解釈上の疑問が解決され、他方では、社員が会社の一人設立者であるときに、社員の定められた責任と体系的に合致する規定が規定されている。見通しは、結局のところ、公式的に行為をした者と、設立手続の決定的終結前に、行為し、会社の活動を始める決定を引き受けた者の責任を肯定している。したがって、一人のお陰で会社が設立される場合には、当該決定は、一人社員によって公式的に引き受けられた地位がどのようなものであれ、設立者である社員に帰せられ得るが、社員が複数で、設立証書への参加が責任の制限を意図を示す株式会社のような状態では、企業登記簿への登記前にこのような行為の決定を実際に引き受けたか否かおよび社員の誰が引き受けたかを具体的に確認することが必要である」。

その結果「登記前に会社の名で遂行された業務については、それを行った者が第三者に対して無限かつ連帯して責任を負う。設立者たる一人社員および設

立証書または別個の証書でその業務の遂行を決定するか、許可するかまたは同意した社員も、連帯且つ無限の責任を負う」(民法 2331 条 2 項)。「登記後に会社が前項で規定された業務を承認したときは、会社も責任を負い、会社は行為した者を明らかにしなければならない」(同 3 項)。「第 2342 条 2 項により寄託された額は、登記簿への会社の登記が行われたことを証明しなければ、取締役に取り渡されることはできない。設立証書の作成または第 2329 条第 3 号が定める許可書の発行から 90 日以内に登記が行われない場合には、金額は引受人に返還され、設立証書は失効する」(4 項)と規定されている。

したがって、株式会社の設立手続は、同時設立の場合、①設立証書の作成、ただし「会社は契約または単独行為により設立される」(同 2328 条 1 項)、②出資の総額引受けおよび金銭出資の場合には 25 % の銀行への払込み、単独行為による設立の場合には全額払込み (同 2329 条 1 号・2 号、2342 条 2 項)。③設立証書を受け取った公証人による 20 日以内の企業登記所への寄託、登記は設立証書の寄託と同時に申請される (同 2330 条 1 項・3 項 1 文)、④企業登記所は文書が形式的に調っているかを審査し、会社登記簿へ登記する (同 2330 条 3 項)、ことからなる。募集設立については改正がないのと同様である。

(2) 設立中の会社に関する議論

2003 年民法改正は、それ故、設立中の会社の議論に影響を及ぼすものではなかった。

例えば F. Tassinari⁽²⁶⁾ は、「登記の際に会社の存在を認める命題を確認して、支配的学説と判例は、様々な論拠を提示して、不正規会社又は設立中の会社の許容性を排除している。(a)合名会社 (民法 2297 条)⁽²⁷⁾ または合資会社 (同 2317 条)⁽²⁸⁾ については行われているのとは異なって、いわゆる不正規株式会社または設立中の会社のための特別の規律が不存在である。(b)会社に支払われた最初の 10 分の何がしかを登記がなされない場合に引受人に返還しなければならない特別の法制度も考慮して、会社について述べることができる財産が不存在である (同 2331 条 4 項)。(c)現金と異なる出資財の所有権は、登記が行われ

ると、遡及的に会社により所有されることを考慮すると、それに対応する株式の総額引受けを義務付ける民法 2342 条 3 項は重要でなく、また、会社は存在するようになった場合にのみ設立費用の責任を負うことを考えると、会社の設立費用に関する民法 2328 条 2 項 12 号も重要でない」とする。

C. Angelici 及び G. B. Ferri 補訂の Ferri のテキスト⁽²⁸⁾ は、次のように述べている。

「登記前には資本金会社は存在しないから、会社の機関による会社の活動は想像できないし、たまたま引き受けた債務に対する会社の責任も想像できない。まだ設立されていない会社の名で行為する者は、引き受けられた債務につき人的無限の責任を負う（民法 2331 条 1 項）。これらの者は、設立に至り、会社が存在におかれた業務を承認したときには、会社に対し取り戻すことができる（民法 2331 条 3 項）。しかし、設立が行われない場合には、社員から取り戻すことができない（2338 条 3 項で定められている、発起人に関し）。資本金会社では、会社の活動はもっぱら会社財産の負担になり、個々の社員の財産の負担にならないため、また、設立証書の作成から 90 日以内に設立に至らない場合には、出資義務はなくなるため、設立証書で会社の取締役と任命されたという事実は、会社が設立される前に、会社の機関として行為する権限を取締役に与えないし、社員を拘束することも認めない。

ただ 1 つの場合において、行為者は設立証書に参加した者を拘束することができる。すなわち、業務がこの者の委託に基づいて遂行された場合である。しかし、このような委託は、設立証書の締結の事実だけで存在すると考えることができない。無限責任は、今では全く、行為をした人に加えて、さらに、法律が本質的にこのような意味で一種の絶対的推定を置いている一人設立者の場合のように、設立証書でまたは別の書類で、業務の遂行を決定し、許可し又は同意した、設立者たる社員である者に明白に関連する（2331 条 2 項）」と。

R. Romano⁽³⁰⁾ は、「会社は企業登記簿における登記によって法人格を取得する場合には、こうした登記前の法的制度の問題が開かれる。……支配的学説及び揺るがぬ判例の傾向は、我々の秩序では登記の前には株式会社は存在しな

いという意味で又は不正規会社もしくは単なる独立財産の存在の意味で表現されている。

しかしこうした構成は、資本金会社の設立証書は、登記によって終わる第二段階が付け加えられなければならない設立手続の第一段階のみをまとめていると、他の学説によって反対されている。この点で、ドイツの判例の体験から着想を与えられ、ポルトガルとスペイン⁽³¹⁾のような他の制度において法典化されている、より近代的な大綱に従って設立中の会社（società in formazione (Vorgesellschaft)）が論じられる。……

このような学説上の大綱は、……まだ登記されていない株式会社と契約をした第三者にもっと広い保護を提供する。2331条の責任の拡大から、許可は……設立中の会社理論が採用するような、登記前の会社財産の責任をそれ自体基礎付ける力がない、ということを指摘することができるように思われる。

改正法が定める規定は、企業登記簿への登記後の会社の側からの業務の承認に会社の追加的責任の発生を結び付けている。かくして、会社は、社員全員によって許可されても、登記前に会社の名で存在におかれた行為により自動的に拘束されないと理解させる。

それ故、登記によってのみ会社は登記の前に会社の名で存在に置かれた行為の積極的效果を取得すると考えなければならない。しかしこのために会社による当該業務の承認が必要か、又は最近の学説が認める傾向があるように、積極的效果は、登記が行われると、自動的に且つ遡及的效果をもって取得されるかは曖昧のままである」と主張している。

他方、他の文献⁽³²⁾は、「民法典は、登記前の会社の名で遂行された業務から生じた債務に対する責任の整然たる原則を述べている（2331条2項・3項）。しかし原則は、設立証書は「会社の負担となる設立費用の少なくとも概算の総額」を明らかにすることを要求する規定と調整される（2328条2項12号および2463条2項9号）。原則は次のように再構成されうる。

- a) 資本金会社の設立証書が既に締結され、2331条4項が定める90日の期間の経過により効力を喪失していない場合にのみ、2331条の意味の登記前

に遂行された業務が論じられうる。設立証書の締結前に会社の名で企業活動を遂行すること、または設立証書が効力を既に失ったときには、2331条所定の事項の外で解決される。……

- b) 2331条の意味の設立される会社の名で遂行された行為は、有効である。当該場合には無権代理に関する普通法の原則（1398条）は適用されない。当該業務については、積極的效果（権利）（effetti attivi (diritti)）の負担と消極的效果（義務）（effetti passivi (obbligazioni)）の負担の分離が生ずる。
- c) 登記前の業務の積極的效果は、—— 明確には定められていないが —— 権限ある会社機関による特別の承認の必要なしに、一旦設立された会社に自動的に帰せられる。
- d) 登記前に遂行された業務の消極的效果を、設立される会社とは異なる主体が負う（しかし会社の名が使われた）。登記前の行為から生じた債務につき、(i)必然的に、設立証書において任命された管理機関の構成員であるかどうかの事情を度外視して、行為を遂行した者、(ii)場合によっては、直接行為を遂行しなかったが、設立証書又は別の文書で「業務の遂行の決定、許可又は同意をした」個々の社員が、連帯・無限の責任を負う。
- e) 登記前に遂行された行為の消極的効力は、設立された会社に自動的に引き継がれない。会社は登記後、業務を承認した限度でのみ当該債務を引き受ける（2331条3項）。この最後の場合には、(i)外部関係においては、業務を承認した会社は、「行為をした者」（及び場合によってはどのような形態であれ業務に同意した社員と）連帯して上述の債務の責任を負う。会社による承認は「行為をした者」の責任をなくすることを決めない。(ii)様々の共同債務者の間では、業務を承認した会社は、「行為をした者」が支払いを強制される場合にその者に損害を賠償することを義務付けられる限りで、明確に承認した業務から生ずる債務の会社による一種の累積的債務引受けが生ずる。
- f) 登記前の業務に対する責任原則は、—— 好ましい主張によると —— 設立

証書に記載された額の限度で、設立費用につき登記前に契約された債務には適用されない（2328条2項12号，2463条2項9号）。当該業務の消極的効力は、2331条3項所定の特別の承認を必要としないで、企業登記簿に登記されていない会社に自動的に帰せられる。

上述の原則は、単独行為による設立の場合に重要な特色を提出する。この場合、登記前の業務に由来する業務に、必然的に、「行為をした者」と連帯して、設立者たる一人社員も必然的に責任を負う（2331条2項）。一人社員の責任は、——複数人による設立の場合の社員の責任とは異なり——地位による責任である。責任は、設立者が業務を決定、許可又は同意しなくても、存在する」としている。

4 結 び

フランスの学説では、会社の登記前に会社の活動を肯定する説から、これを否定する説まで多様な見解が唱えられていたのと対照的に、イタリアの通説は、設立中の会社概念を認めていないことが明らかになったと考える。確かにイタリアでも設立中の会社概念を認める少数説は存在している（Oppo, Simonetto, Portale など）。しかし、通説は、株式会社には、人的会社と異なり、フランス法の事実上設立された会社に相当する不正規株式会社に関する規定がないこと、設立費用は登記まで引き出すことができないこと、設立証書の作成から90日以内に登記されないと引受人に金銭を返還しなければならないこと、設立証書は失効すること、登記前に会社の名で遂行した業務については、それを行った者が（一人会社では一人社員であるというだけで）第三者に対して無限・連帯責任を負うこと、登記後会社が追認すると会社も責任を負うことになるといった規定から設立中の会社概念を認めない。フランス法と比較すると、会社による追認で、行為者は責任から解放されないという説が有力であること、および、会社に設立に必要な行為は自動的に遡及的に会社に承継されるが、そうでない行為は、無権代理の追認を要するとまとめられうるように思わ

れる点をイタリアの特色として挙げるができるように思われる。

〈注〉

- (1) Galgano, *società per azioni*, 1984, p. 87 は *costituzione simultanea*・*costituzione per pubblica sottoscrizione* という用語を, Graziani, *Diritto delle società*, 5^a ed., 1963, p. 188 e 196 は *stipulazione simultanea*・*stipulazione successiva* という用語を, Fiale, *Diritto commerciale*, 2002, p. 286 は *stipulazione simultanea o istantanea*・*stipulazione successiva o per pubblica sottoscrizione* という用語を使用している。
- (2) 株式会社も契約(同 1321 条)によって設立される。契約は、会社関係を引き起こす意思が表明される設立証書(l'atto costitutivo)と会社の機能に関する規範を含む定款(lo statuto)から構成される。定款は、設立証書の補完的部分とみなされる(同 2328 条)。
- (3) EC 第 1 指令の要求を実施するため、1969 年 11 月 29 日共和国大統領令第 1127 号 2 条により、「設立証書および定款は株式会社・有限会社政府公報紙において公示されなければならない」(民法 2330 条ノ 2)という規定が追加されたが、この規定は、2000 年 11 月 24 日法律 33 条により削除されている。
- (4) Graziani, *op. cit.*, p. 199sgg.; Ferri, *Le società*, 1971, p. 598sgg.; Galgano, *op. cit.*, p. 88 参照。Graziani は、仮契約であれば、義務が履行されない場合、判決によってのみ契約の効果を発生させることができるので(民法 2932 条)、仮契約とは言えないのではないかと Scialoja の見解を批判し、また、引受人総会の賛成は純粹随意条件に当たるので、無効であり(民法 1355 条)、従って Vivante の見解は支持できないとしている。
- (5) Graziani, *op. cit.*, p. 199 参照。
- (6) Ferri, *op. cit.*, p. 601.
- (7) Galgano, *op. cit.*, p. 88.
- (8) Graziani, *op. cit.*, p. 212 e 213. 同旨 Fiale, *op. cit.*, p. 291. Ferri, *op. cit.*, p. 615 によると、会社が発生すると、その前に取締役によって行われた行為は、自動的に会社を拘束するとする説が Messineo および Ferrara によって主張されている。しかし Ferri, *op. cit.*, p. 616 は、行為時に本人がいなかった訳であるから、権限もないはずであり、会社は、当該行為を追認するか否かは自由であるとともに、当該行為に遡及効を与えるか否かも自由であると批判している。普通は設立証書において指名された取締役であろうが、会社の名を使用した者は誰でも、自己責任を負う(民法 2331 条 2 項)。Cottino, *Le società Diritto commerciale*, Vol. 1, Tomo 2, 4ed., 1999, p. 236; Fiale, *op. cit.*, p. 291. なおイニシアチブを取って、

自己の危険で行為する発起人とは異なり、取締役は社員により指名され、指名に基づいて行為するので、会社が設立されなくても、社員から設立費用を償還する権利があるが、行為の委任がなければ、その権利は広くはない、と解されている。Ferri, *op. cit.*, p. 613.

- (9) 追認を肯定する見解が現在では通説・判例である。Cottino, *op. cit.*, p. 239. Casi e Materiali di Diritto Commerciale 1, *op. cit.*, p. 130. 追認を前提として、責任存続説 (Cottino, *op. cit.*, p. 238, Cass., 6 settembre 1996, n. 8127 in Giur. it., 1997, I, 1, 1066 等) と否定説 (Gugliemntti) が対立している。
- (10) 人的会社 (società di persone) では、出資される財の性質が要求しない限り、設立証書は特別の方式に服さない (民法 2251 条)、明白な意思表示がなくても、利益配当の目的で経済的行為を共同で行使するという事実だけで事実上の会社 (società di fatto) が成立する。そのうち、行為が商事 (commercial) でなければ、単純会社 (società semplice) であり、商事であれば、不正規合名会社 (società in nome collettivo irregolare) である。換言すると、資本金会社 (società di capitali) では、登記が会社設立の要素であるから、不正規会社は問題とならない。設立証書は有効であるが、企業登記簿に対する登記を欠く会社が、不正規合名会社である。Fiale, *op. cit.*, p. 225sgg. 正規の合名会社と不正規な合名会社の相違点は以下の通りである。第 1 に、社員の責任につき民法 2304 条の代わりに 2268 条が適用される。第 2 に、会社の代表権につき 2298 条の代わりに 2297 条 2 項が適用される。第 3 に、社員の個人的債権者につき 2305 条の代わりに 2270 条が適用される。Hofmann, Gesellschaftsrecht in Italien, 3. Aufl., 2006, S. 9FN22.
- (11) Campobasso, Diritto commerciale, 2 Diritto della società, quinta edizione, 2003, p. 176.; Fiale, *op. cit.*, p. 290 によると、このような見解の主張者は Oppo および Simonetto である。Casi e Materiali di Diritto Commerciale 1, Società per Azioni, 1974, p. 117ss によると、Scalfi も主張者である。
- (12) Cass., 24 settembre 1956, n. 3254 in Casi e Materiali di Diritto Commerciale 1, *op. cit.*, p. 117.
- (13) Casi e Materiali di Diritto Commerciale 1, *op. cit.*, p. 117 参照。
- (14) Galgano, *op. cit.*, p. 92. Ferri, *op. cit.*, p. 611sgg., Franco di Sabato, Istituzioni di diritto commerciale, 2001, p. 81 も不正規株式会社概念を否定している。
- (15) Portale, in Riv. soc., 1994, 1 ss. 残念ながら原文未読。本文の記述は、Campobasso, *op. cit.*, p. 177; Fiale, *op. cit.*, p. 290 による。
- (16) Campobasso, *op. cit.*, p. 177 e 178. Portale が主張する論拠は、(1986 年の共和国大統領命令によって導入された) 現物出資は、引受けの時に全部給付されな

なければならないということを定める 2342 条 2 項からも、設立証書は、会社の負担となる設立費用を示さなければならないことを定める 2328 条 12 号からも引き出すことはできない、という。最初の規定は、会社が、設立手続の完成前に給付された現物財産の所有者になることを意味しないし、取締役が会社の業務のために適法に使用できることも意味しない。正しい解釈は、財産の所有権は、会社が登記されると、自動的に且つ遡及効をもって会社によって取得されるということである。

- (17) Alberti 編, *Commentario breve al diritto delle società*, 2007, p. 211 e 212 [F. Tassinari 担当] 参照。
- (18) Campobasso, *op. cit.*, p. 178; Alberti 編, F. Tassinari 担当, *op. cit.*, p. 212 によると、この見解は Ferrar-Corsi によって主張され、Pavone La Rosa Nigro によって追従されている。しかし、Campobasso と F. Tassinari によって、企業行為は登記される株式会社の名で代理人によって行われているのであって、実在しない異なる人的会社の名まで行われていないし、不正規団体の存在は、株式会社の登記が欠けたという単純な事実からは自動的に引き出すことができない、と批判されている。
- (19) Cass., 28 novembre 1958, n. 3808. in *Casi e Materiali di Diritto Commerciale* 1, *op. cit.*, p. 120ss.
- (20) 民法 1398 条「権限を有することなくまたは付与された権能の制限を超えて代理人として契約をした者は、第三者たる契約者がその過失なくして契約の有効であることを信じたことによって蒙った損害につき責に任ずる」。1399 条 1 項「前条が定める場合において、契約はその締結について定められた方式を遵守して、利害関係人により追認されることができる」、同条 2 項「追認は遡及的效果を有するが、第三者の権利を害することはできない」。
- (21) Franco di Sabato, *op. cit.*, p. 81 e 82 は会社の追認が得られないか、会社が設立されない場合において、行為を行った者が社員の特別の委任に基づいて行為を行ったときには、当該委任に基づいて行為者の償還権が基礎付けられるが、委任がないときには、事務管理の規定（民法 2028 及び 2031 条）を適用すべであると主張している。
- (22) Cass., 10 maggio 1958, n. 1557. in *Casi e Materiali di Diritto Commerciale* 1, *op. cit.*, p. 125ss. 民法 2475 条 2 項は、株式会社の設立に関する 2329 条ないし 2332 条を有限会社に準用しており、有限会社の設立手続も株式会社と同様であった。
- (23) Cass., 22 gennaio 1958, n. 131. in *Casi e Materiali di Diritto Commerciale* 1, *op. cit.*, p. 127ss.
- (24) *Relazione*, in *La Riforma del Diritto societario*, *Lavori preparatori Testi e*

Materiali a cura di M. Vietti-F. Auletta-G. Lo Cascio-U. Tombari-A. Zoppini, 2006, p. 3ss.

- (25) Relazione, *op. cit.*, p. 207ss. 2003 年改正民法典の条文の翻訳については拙稿「資料イタリア会社法の大改正——民法典の部分訳（試訳）——」『暁の鐘ふたたび（明治大学法科大学院開設記念論文集）』320 頁以下参照。
- (26) Alberti, *op. cit.*, p. 212.
- (27) 民法 2297 条 1 項「会社が企業登記簿に登録されるまで、会社と第三者との間の関係は、全社員の無限且つ連帯の責任がそのまま残存し、単純会社に関する規定により規律される」。
- (28) 民法 2317 条 1 項「会社が企業登記簿に登録されるまで、会社と第三者との間の関係には、2297 条の規定が適用される」。
- (29) G. Ferri, *Manuale di Diritto commerciale*, dodicesima edizione a cura di C. Angelici e G. B. Ferri, 2006, p. 308.
- (30) Roberto Romano, *La Riforma del Diritto societario*, volume primo La società per azioni, 2004, p. 52. 同, volume secondo, La società a responsabilità limitata, 2004, p. 44 e 45.
- (31) スペインの株式会社 16 条。Uri, *Derecho mercantil*, 1995, p. 236.
- (32) N. Abriani-L. Calvosa-G. Ferri jr-G. Giannelli-F. Guerrera-G. Guizzi-C. Motti-M. Notari-A. Paciello-D. Regoli-G. A. Rescio-R. Rosapepe-M. Stella Richter jr-A. Toffoletto, *Diritto delle società*, Manuale breve, 2004, p. 372ss.

本稿は、第一生命・損保ジャパンによる研究助成の成果の一部である。